



CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR

C.N.S.C.

Str. Stavropoleos nr. 6, Sector 3, București, România, CP 030084, CIF 20329980

Tel. +4 021 3104641 Fax. +4 021 3104642; +4 021 8900745, www.cnsc.ro

În conformitate cu prevederile art. 12 alin. (1) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. ...

Data: ...

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 10246/23.03.2017, depusă de către SC ... SRL, cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului J.... și Cod Unic de Înregistrare ..., în calitate de membru al Asocierii ... SRL, formulată împotriva actului administrativ nr. 14/3.150/09.03.2017, reprezentând „informare privind finalizare etapa evaluare DUAЕ”, emis de către ..., în calitate de autoritate contractantă cu sediul în ..., referitoare la procedura de licitație deschisă online, privind atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Finalizarea lucrărilor la Nodul Gilău și conexiunea dintre Secțiunea 2B cu Subsecțiunea 3A1, Autostrada Brașov- Târgu Mureș – Cluj - Oradea”, s-a solicitat:

- anularea actului administrativ nr. 14/3.150/09.03.2017, reprezentând „informare privind finalizare etapa evaluare DUAЕ”,
- anularea raportului intermediar al procedurii și a actelor subsecvente acestuia, în ceea ce privește ilegală constatare a inacceptabilității ofertei Asocierii,
- reluarea evaluării cu observarea admisibilității ofertei Asocierii ...SRL.

Prin contestația nr. 706/28.03.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 10813/28.03.2017, depusă de către SC ... SRL cu sediul în ..., având număr de înregistrare la Oficiul Registrului Comerțului J... și Cod Unic de Înregistrare ..., formulată împotriva actului administrativ nr. 14/3.152/09.03.2017, reprezentând „informare privind finalizare etapa evaluare DUAЕ”, emis de către ..., în calitate de autoritate contractantă cu sediul în ...referitoare la procedura de licitație deschisă online, privind atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Finalizarea lucrărilor la Nodul Gilău și conexiunea dintre Secțiunea 2B cu Subsecțiunea 3A1, Autostrada Brașov- Târgu Mureș – Cluj - Oradea”, s-a solicitat:

- să se constate că SC ... SRL a elaborat oferta cu respectarea prevederilor legale dar și cu cerințele autorității contractante stabilite prin documentația de atribuire,
- anularea adresei de comunicare a rezultatului procedurii nr. 14/3.152/09.03.2017,
- anularea raportului procedurii de atribuire și a tuturor actelor subsecvente acestuia,
- obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei SC ...SRL cu respectarea prevederilor legale în materia achizițiilor publice, a prevederilor din documentația de atribuire, inclusiv prin solicitarea de noi clarificări, în măsura în care se consideră necesare pentru reevaluarea ofertei,
- obligarea autorității contractante să emită o nouă comunicare privind rezultatul procedurii în conformitate cu dispozițiile legale în materia achizițiilor publice și a documentației de atribuire,
- adoptarea măsurilor de remediere ce se impun conform criticilor invocate anterior.

Conform prevederilor art. 17 alin. (2) din Legea nr. 101/2016 cu modificările și completările ulterioare, contestațiile care fac obiectul dosarelor nr. .../2017 și nr./2017 au fost conexate pentru a se pronunța o soluție unitară, deoarece acestea sunt formulate în cadrul aceleiași proceduri de atribuire.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR, asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 10246/23.03.2017, Asocieria ... SRL prin SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorității contractante, conform căreia oferta sa a fost declarată inacceptabilă, fiind aplicabile prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea menționează că pentru a decide în acest sens, autoritatea contractantă a apreciat că toți cei trei asociați au prezentat un DUAЕ care nu a fost completat „în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă” și astfel, oferta Asocierii ar fi „fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire”.

De asemenea, autoritatea contractantă o informează pe contestatoare și că din perspectiva Notificării ANAP din data de 01.09.2016, într-o astfel de situație nu pot fi solicitate clarificări care să conducă la retransmiterea unui DUAЕ revizuit întrucât acest demers ar conduce la încălcarea principiilor tratamentului egal și transparenței.

În susținerea acestei opinii, comisia de evaluare apreciază că modul de completare al DUAЕ de către asociați constituie o inadvertență de fond și nu de formă, astfel că niciun fel de clarificări nu mai sunt necesare, oferta urmând a fi respinsă ca inacceptabilă.

În acest context, contestatoarea apreciază că respingerea ofertei sale s-a făcut prin profesarea unui excesiv formalism, materializat în încadrarea eronată a situației de fapt în una dintre premisele Notificării ANAP la care se face referire, cu consecința afectării ilegale atât a interesului legitim al Asocierii de a încheia un contract, cât și al autorității însăși, care are interes direct în promovarea concurenței reale și eficiente între operatorii economici și nu în îngustarea artificială a concurenței prin excluderea excesiv de facilă a unor oferte, fără clarificarea unor aspecte vădit birocratice.

În ceea ce privește oferta asociatului ...SA și oferta asociatului ... SRL, se arată că în cadrul DUAЕ, partea a III-a - Motive de excludere, Secțiunea C, paragraful 8, formularul solicită ofertantului să confirme că:

- Nu a furnizat informații false autorității, privind motivele de excludere și îndeplinirea cerințelor de calificare;
- Nu a ascuns astfel de informații;
- Este în măsură să furnizeze documente justificative în susținerea celor declarate în cadrul DUAЕ;
- Nu a încercat să influențeze procesul decizional al autorității privind derularea procedurii de achiziție.

Față de această formulare ofertantul, din eroare, a marcat căsuța NU, ceea ce ar implica, astfel cum și autoritatea reține, faptul că ofertantul nu ar putea confirma niciunul dintre aspectele ce fac obiectul verificărilor avute în vedere prin acest paragraf.

Autoritatea reține că potrivit normelor legale incidente, DUAЕ are valoarea juridică a unei declarații pe proprie răspundere a ofertantului privind încadrarea în cazurile de excludere prevăzute de art. 167 din legea nr. 98/2016.

Așadar, concluzia autorității este că un operator economic a decis să aloce resurse în vederea elaborării și depunerii unei oferte numai pentru ca în prima fază a evaluării, oferta sa să fie respinsă, chestiune de maximă certitudine, cunoscută de ofertant încă de la momentul redactării ofertei, de vreme ce, așa cum susține comisia de evaluare, el însuși ar fi ales, deliberat, ca în DUAЕ să declare pe proprie răspundere că se află în unul dintre cazurile de excludere prevăzute de lege, pe de o parte, și nu îndeplinește cerințele de calificare, pe de altă parte.

Mai mult, contestatoarea afirmă că autoritatea ar fi trebuit să observe că posibilitatea unei astfel de erori este maximizată de faptul că, pe de o parte, majorității întrebărilor anterioare li s-ar fi răspuns cu NU de către orice ofertant care îndeplinește cerințele de calificare și care nu se află în vreo situație de excludere, astfel cum a procedat și acest operator, și, pe de altă parte, întrebarea la care s-a răspuns eronat cu NU constituie o veritabilă dublă negație, aptă a induce confuzie.

Astfel, ofertantul a citit solicitarea („operatorul economic poate confirma ca...”), după care, citind ipotezele a căror infirmare o solicită autoritatea, a constatat că nu se află în niciuna dintre respectivele situații și, în consecință, a bifat eronat căsuța NU, în sensul că NU se află în respectivele situații.

Toate paragrafele anterioare vizau situații cu conținut negativ, cărora ofertantul care îndeplinește cerințele de calificare și nu se află în cazuri de

excludere urma a le răspunde cu NU, în timp ce paragraful în discuție solicita o confirmare, așadar un răspuns afirmativ, privind situarea ofertantului în respectivele situații cu conținut negativ.

În acest context, eroarea ofertantului devine explicabilă, acesta răspunzând și la această întrebare ca și la cele anterioare, negând că s-ar afla în vreuna dintre respectivele situații și neobservând că autoritatea solicită confirmarea, așadar un răspuns afirmativ, a faptului că acel ofertant nu se află în respectivele situații.

Așadar, însăși formularul DUAЕ induce două tipuri de întrebări:

- cele care întreabă ofertantul dacă se află în vreuna dintre situațiile cu conținut negativ, întrebări cărora ofertantul le va răspunde cu nu, și

- această întrebare, care, spre deosebire de primele, cere ofertantului să confirme că nu se află în respectivele situații, adică să marcheze DA.

Concluzionând asupra acestui aspect, contestatoarea apreciază că situația concretă de fapt și de drept ar fi trebuit să indice cu claritate autorității prezența unei erori cu caracter pur birocratic, generată de modul de formulare al DUAЕ, care implică în cazul acestei întrebări un răspuns afirmativ față de ipotezele cu conținut negativ (spre deosebire de restul întrebărilor), răspuns afirmativ generat de introducerea în cuprinsul întrebării a sintagmei „poate confirma”.

Este de domeniul evidenței că nu poate fi reținută aserțiunea autorității potrivit căreia ofertantul nu a completat DUAЕ „în conformitate cu criteriile stabilite ...”, ofertantul respectând tot formularul pus la dispoziție de autoritate, însă a completat eronat acest formular, aspect care ar crea aparența că oferta ar fi „fost depusă de un ofertant care nu îndeplinește una sau mai multe dintre criteriile de calificare stabilite în documentația de atribuire”.

Contestatoarea apreciază că este o diferență semnificativă de regim juridic între a nu completa DUAЕ „în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă” și a respecta toate criteriile stabilite de autoritate, însă a completa eronat.

Însă, întrucât ipoteza redactării unei oferte care urmează a fi depusă împreună cu o declarație pe proprie răspundere care ar afirma explicit că oferta trebuie respinsă, fiind depusă de un ofertant care nu confirmă că nu se află în cazuri de excludere, constituie o vădită absurditate logică, autoritatea a dispus de toate elementele necesare pentru a concluziona în sensul ocurenței unei erori formale, corectabilă prin transmiterea unei solicitări de clarificare, întemeiată pe prevederile art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016, și prin retransmiterea unui DUAЕ revizuit.

Însă autoritatea a apreciat că o solicitare de clarificare având acest obiect nu poate fi adresată ofertantului, dat fiind conținutul Notificării ANAP din data de 01.09.2016.

Pentru a concluziona în acest sens, autoritatea a apreciat că autoarea contestației nu se află în prezența unor inadvertențe de formă, întrucât informațiile eronate nu ar fi susținute prin alte precizări cuprinse în același DUAЕ, ci în prezența unei inadvertențe de fond, constând în "acele informații completate de către ofertanți/candidați care nu confirmă

îndeplinirea cerințelor minime de calificare/selecție formulate de către autoritatea/entitatea contractantă în fișa de date a achiziției."

În opinia contestatoarei concluzia comisiei de evaluare este eronată, dat fiind că situația de fapt constatată nu constituie în mod cert o inadvertență de fond.

Astfel, ANAP definește inadvertența de fond, care nu poate fi corectată printr-o solicitare de clarificare, ca rezidând în „*acele informații completate de către ofertanți/candidați care nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare*".

Așadar, pentru a fi în prezența unei inadvertențe de fond este necesar ca ofertantul să fi completat anumite informații, iar acestea să nu confirme îndeplinirea cerințelor de calificare. Deci, pe de o parte, ofertantul completează anumite informații în DUAЕ, iar din analiza autorității asupra acestui conținut completat ar rezulta că, în pofida opiniei ofertantului, acesta nu îndeplinește cerințele de calificare.

Inadvertențele de fond implică cu necesitate un conținut completat de ofertant și apreciat de acesta ca făcând dovada îndeplinirii cerințelor de calificare.

Ulterior, comisia de evaluare analizează acest conținut și, spre deosebire de opinia ofertantului asupra acestui conținut, constată că acesta nu face dovada îndeplinirii cerințelor de calificare.

Rezumând, inadvertența de fond implică la modul imperativ:

- un conținut completat de către ofertant;
- acest conținut e apreciat de ofertant ca făcând proba îndeplinirii cerințelor;
- același conținut e apreciat de comisia de evaluare ca nefăcând probațiunea vizată de ofertant;
- opinii diferite ale ofertantului și autorității asupra valorii probatorii a respectivului conținut, ofertantul considerându-l ca fiind deplin probator, autoritatea apreciind însă că acest conținut nu face proba irefutabilă a îndeplinirii cerințelor de calificare.

Or, în ipoteza analizată, nu există un conținut completat, ci o simplă bifare. În timp ce un anumit conținut, completat de ofertant ca făcând dovada îndeplinirii cerințelor de calificare, nu poate fi văzut ca o eroare, fiind completat ca urmare a unei analize a ofertantului, o bifare a unei anumite căsuțe poate fi oricând eronată.

Pentru acest motiv, ANAP apreciază cu temei că atunci când există un conținut completat de ofertant, orice eventuală inadvertență este una de fond, și nu una formală, acest conținut reprezentând însăși opinia ofertantului asupra modului de îndeplinire a cerințelor de calificare.

Inadvertența de fond nu vizează erori birocratice, ci erori esențiale privind viziunea ofertantului asupra modului în care cerințele de calificare urmează a fi îndeplinite iar aceste erori sunt unele de apreciere (exhibate în cadrul conținutului completat de ofertant), și nu unele cu caracter birocratic (bifarea unei căsuțe).

Exact pentru aceste motive ANAP a făcut distincția clară între inadvertențe de formă și inadvertențe de fond care, prin însăși denumirea lor, implică cu necesitate erori esențiale ale ofertantului asupra fondului chestiunilor în discuție, și nu erori de bifare.

În prezenta speță, însă, este o erorare cu caracter formal, aceasta încadrându-se în teza ANAP privind inadvertențele de formă.

Contestatoarea apreciază că varianta în care ofertantul ar cunoaște că nu îndeplinește cerințele, însă alege să depună o oferta, arătând însă încă de la etapa DUAЕ că nu îndeplinește aceste cerințe, constituie o veritabilă absurditate, aspect care reclamă, cu necesitate, identificarea unei alte explicații pentru această situație absurdă, decât cea identificată eronat de autoritate.

Or, singura explicație rezonabilă constă în simpla bifare eronată a unei căsuțe, determinată de modul alambicat de formulare a întrebării.

Mai mult, însăși Notificarea ANAP stabilește cu claritate că inadvertențele vor avea caracter formal „în condițiile în care informațiile sunt susținute de alte precizări existente la nivelul aceluiași DUAЕ sau a DUAЕ depus de subcontractant/terț susținător/asociat” iar în Partea V - Declarații finale a DUAЕ, ofertantul declară că: *"Subsemnatul declar că informațiile prezentate în părțile II - IV de mai sus sunt exacte și corecte și că au fost furnizate cunoscând pe deplin consecințele cazurilor grave de declarații false"*.

Or, dacă în cadrul DUAЕ, partea a III-a - Motive de excludere, Secțiunea C, paragraful 8, ofertantul pare să afirme, printre altele, prin bifare eronată că ar fi furnizat informații false autorității, privind motivele de excludere și îndeplinirea cerințelor de calificare și că a ascuns astfel de informații autorității, partea a V-a atestă că toate informațiile furnizate sunt corecte, exacte și nu intră sub incidența ilicitului penal.

Așadar, bifarea cu NU constituie o vădită eroare de formă, dar și din perspectiva viziunii ANAP această bifare eronată constituie o inadvertență de formă, de vreme ce, pe ce o parte, bifarea unei căsuțe nu poate fi juridic văzută ca valorând completarea unor informații, și, pe de altă parte, eroarea intervenită la bifare este în vădit conflict cu o declarație expresă a ofertantului, cuprinsă în același DUAЕ.

Pentru toate aceste motive, contestatoarea apreciază că împrejurarea invocată de autoritate ca suport al deciziei de respingere a ofertei constituie o simplă eroare birocratică, infirmată prin cuprinsul aceluiași DUAЕ, constituind astfel o inadvertență de formă, în sensul dat acestei noțiuni de Notificarea ANAP invocată, cu consecința că autoritatea, înainte de a proceda la o grăbită respingere a ofertei ar fi avut obligația de a transmite o solicitare de clarificare având acest obiect.

În ceea ce privește oferta asociatului SC ... SRL, în cadrul DUAЕ, partea a III-a - Motive de excludere, Secțiunea C - Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale, acest ofertant nu a bifat niciuna dintre căsuțele DA sau NU în caseța aferentă informațiilor solicitate de autoritate privind insolvența.

Comisia de evaluare apreciază că această nebifare constituie o inadvertență de fond și astfel, procedează la respingerea ofertei fără o solicitare prealabilă de clarificare.

În opinia contestatoarei, calificarea acestei erori de formă ca fiind una de fond ignoră, cu desăvârșire, faptul că însuși conținutul DUAЕ atestă ocurența unei simple erori de bifare și nu furnizarea de către ofertant a unor informații completate și care să conducă autoritatea la concluzia unei

pretinse neîndepliniri a cerințelor, condiție esențială pentru calificarea erorii ca fiind o inadvertență de fond.

Astfel, însăși rubrica în cadrul căreia eroarea de bifare a intervenit, solicita ca în cazul în care ofertantul s-ar afla în una din respectivele situații cu conținut negativ acesta să „furnizeze detalii” privind capacitatea sa de executare a contractului.

Or, deși niciuna dintre căsuțele DA sau NU nu a fost bifată, ofertantul NU a furnizat nici alte detalii privind ipotetica sa situație în ipotezele care ar fi atras excluderea.

Acest aspect ar fi trebuit să constituie pentru comisia de evaluare un indiciu serios privind eroarea birocratică a ofertantului și nu intenția acestuia de a completa informații care ar fi condus în mod necesar la excluderea ofertei sale.

Profesarea unui astfel de excesiv formalism în activitatea de achiziții publice, în sensul calificării pripite (sau interesate) a unor vădite erori cu caracter birocratic ca fiind inadvertențe de fond, vine în vădit conflict cu principiul proportionalității, consacrat de legiuitor prin prevederile art. 2 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 98/2016, în sensul dispunerii unor măsuri radicale de respingere a ofertelor, întemeiate pe valorizări eronate ale situațiilor de fapt, astfel încât acestora, prin invocarea repetată a unor texte de lege aparent incidente, să le fie dată aparența unor împrejurări care ar atrage inadmisibilitatea ofertelor. Așadar, unor nesemnificative și evidente erori li se dă valoarea și, evident, și consecințele unor grave neachiesări a ofertantului la dispozițiile legii și ale documentației de atribuire.

Or, o astfel de conduită a comisiilor de evaluare nu are potențial vătămător numai pentru ofertanții excesiv de facil excluși din proceduri, dar și pentru autoritățile contractante, care, prin restrângerea artificială a concurenței între operatori, nu vor avea acces la cele mai bune condiții de contractare, fiind incontestabilă legătură directă și necesară dintre dimensiunea concurenței și accesul la condiții favorabile de contractare.

În ceea ce privește pretinsa încălcare a principiilor tratamentului egal și al transparenței prin transmiterea unei solicitări de clarificare privind DUAЕ, contestatoarea apreciază ca lipsită de temei invocarea acestor principii, fiind incontestabilă în prezența exercitării unor atribuții legale ale comisiei de evaluare, operante în egală măsură în privința tuturor ofertanților.

Contestatoarea conchide că niciunul dintre asociați nu se află în situația depunerii unui DUAЕ care nu a fost completat „în conformitate cu criteriile stabilite de autoritatea contractantă”, completarea acestuia fiind făcută potrivit criteriilor autorității, chiar dacă au intervenit unele erori de completare.

Prin contestația nr. 706/28.03.2017, înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor sub nr. 10813/28.03.2017, SC ... SRL, în calitate de operator economic participant la procedura de atribuire în cauză, critică decizia autorității contractante conform căreia oferta sa a fost declarată inacceptabilă fiind aplicabile prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016.

Contestatoarea menționează că prin comunicarea privind rezultatul procedurii, autoritatea contractantă a menționat că oferta sa este inacceptabilă, întrucât în partea a III a Motive de excludere, secțiunea C. Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale din DUAЕ, s-a menționat că nu s-au conformat următoarele:

a) Nu s-a făcut grav vinovat de declarații false la furnizarea informațiilor solicitate pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinit criteriile de selecție;

b) Nu a ascuns astfel de informații,

c) A fost în măsură să furnizeze, fără întârziere, documentele justificative solicitate de autoritatea contractantă sau de entitatea contractantă și

d) Nu a încercat să influențeze în mod nepermis procesul decizional al autorității contractante sau al entității contractante, să obțină informații confidențiale care i-ar putea conferi avantaje necuvenite în cadrul procedurii de achiziție publică sau să furnizeze din neglijență informații false care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor privind excluderea, selecția și atribuirea.

De asemenea, autoritatea contractantă a concluzionat că inadvertența semnalată la completarea DUAЕ este una de fond.

Contestatoarea susține însă că inadvertența prezentată de către autoritatea contractantă nu ar putea fi una de fond, ci de formă, sens în care în acord cu art. 209 din Legea nr. 98/2016 autoritatea contractantă ar fi putut solicita clarificări pe marginea DUAЕ, înainte de a descalifica din start ofertantul.

Față de acest aspect, contestatoarea menționează că principiul pe care l-a avut la bază legiuitorul atunci când a recurs la înființarea unei declarații inițiale DUAЕ a fost de a considera adevărate, fără o verificare prealabilă, a informațiilor declarate de ofertanți, or exact acest principiu este încălcat prin faptul că nu ia în calcul, că neîncadrarea în situațiile de excludere prevăzute la art. 164, art. 165 și art. 167 din Legea nr. 98/2016, rezultă din mențiunile/declarațiile din partea a III a Motive de excludere, Secțiunile A, B și C din DUAЕ, respectiv Declarațiile din Partea V: Declarații finale din DUAЕ.

Astfel:

La Secțiunea A - Motive referitoare la condamnările penale din DUAЕ, Partea a III - a Motive de excludere, contestatoarea a declarat că nu se află în condițiile de excludere de la art. 164 alin.(1) din Legea nr. 98/2016 și a prezentat documente suport în aceste sens, respectiv: cazier judiciar pentru SC ... SRL (paginile 4-5 din documentația de calificare - Vol. I), cazier judiciar al reprezentantului legal al SC ... SRL (paginile 6-7 din documentația de calificare - Vol. 1).

La Secțiunea B - Motive legale de plată a impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale din DUAЕ, Partea a III - a Motive de excludere, contestatoarea a declarat că nu se află în condițiile de excludere de la art. 165 din Legea nr. 98/2016 și a prezentat documente suport în aceste sens, respectiv: Certificat de taxe locale (paginile 10 - 16 din documentația de calificare - Vol. 1 din care rezultă că sunt îndeplinite obligațiile cu privire la plata impozitelor și taxelor), Cazier Fiscal SC ... SRL

(pagina 17 din documentația de calificare - Vol I din care rezultă că nu există fapte în cazierul fiscal), Cazier fiscal al reprezentantului legal al SC ... SRL (paginile 8-9 din documentația de calificare - Vol I din care rezultă că nu există fapte în cazierul fiscal).

La Secțiunea C - Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale din DUAЕ, Partea a III - a Motive de excludere, contestatoarea a declarat că nu se află în condițiile de excludere de la art. 167 din Legea nr. 98/2016 și a prezentat documente suport în aceste sens, respectiv: Certificate ISO (paginile 144 - 152 din documentația de calificare Vol. II), certificate constatator SC ... SRL (paginile 22 - 33 din documentația de calificare Vol. II), Declarație privind neîncadrarea în prevederile de la art. 60 alin.(1) dată de reprezentantul legal al SC ... SRL (pagina 18 din documentația de calificare - Vol. I).

În Partea V: Declarații finale din DUAЕ contestatoarea a declarat totodată, că informațiile prezentate în părțile II - V din DUAЕ au fost furnizate cunoscând pe deplin consecințele cazurilor grave de declarații false și că va furniza la cerere certificate și alte forme de documente justificative, precum și că este de acord ca autoritatea contractantă să obțină acces la documentele justificative privind informațiile pe care le-a furnizat în partea a II, partea a III a și partea a IV din DUAЕ.

Informațiile din DUAЕ trebuie analizate în ansamblul acestora, sens în care contestatoarea apreciază că este evidentă inadvertența de formă a mențiunilor SC ... SRL de la Secțiunea C a părții a III - a, ultimul chenar, unde dintr-o eroare s-a bifat răspunsul Nu, în loc de Da.

Un argument în sensul evidenței erorii stă și faptul că prin modul de formulare a întrebărilor de la literele a, b, c și d, (ultimul chenar de la Secțiunea C a părții a III a din DUAЕ) acestora le corespunde un răspuns negativ, în sensul că nu se află în situațiile de excludere supuse atenției. Spre deosebire de celelalte întrebări din DUAЕ unde formularea era dacă se află în situațiile de excludere menționate și la care corespundea un răspuns negativ, la întrebarea în discuție formularea era diferită, în sensul dacă se confirmă de către operator că nu se află în situațiile de excludere menționate, formulare ce implică un răspuns pozitiv, deși conținutul aspectelor de confirmat era unul cărora le corespundea un răspuns negativ, în sensul că nu se află în situațiile de excludere indicate.

De asemenea, informațiile/declarațiile solicitate în ultimul chenar de la Secțiunea C a Părții a III - a, se regăsesc în același DUAЕ după cum urmează:

A) Informații care confirmă că: Operatorul economic nu s-a făcut vinovat de declarații false la furnizarea informațiilor solicitate pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinit criteriile de selecție, se regăsesc în DUAЕ după cum urmează:

a) Informațiile/declarațiile de la Secțiunea A: Motive referitoare la condamnările penale din DUAЕ, Partea a III - a Motive de excludere unde contestatoarea a declarat că nu se află în condițiile de excludere de la art. 164 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și a prezentat documente suport în aceste sens.

b) Informațiile/declarațiile de la Secțiunea B - Motive legale de plată impozitelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale din DUAЕ, Partea

a III - a Motive de excludere unde contestatoarea a declarat că nu se află în condițiile de excludere de la art. 165 din Legea nr. 98/2016 și a prezentat documente suport în aceste sens din care rezultă că și-a îndeplinit obligațiile cu privire la plata impozitelor și taxelor sau a contribuțiilor la asigurările sociale.

c) Informațiile/declarațiile de la Secțiunea C Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale din DUAЕ, Partea a III - a Motive de excludere, unde a declarat că nu se află în condițiile de excludere de la art. 167 din Legea nr. 98/2016 și a prezentat documente suport în aceste sens.

Astfel, în chenarele de la Secțiunea C, contestatoarea a declarat că nu și-a încălcat obligațiile în domeniul mediului, social și al muncii, că nu este în stare de insolvență, că nu este vinovată de abateri profesionale grave, că nu a încheiat acorduri cu alți operatori de natură a denatura concurența, că nu are cunoștință de vreun conflict de interese care decurge din participarea la procedură, că nu a oferit consultanță autorității contractante și că nu a participat în vreun mod la pregătirea procedurii, că nu există contracte anterioare de achiziții publice sau de concesiune care au fost reziliate anticipat cu plata de daune interese/alte sancțiuni comparabile;

d) Informațiile/declarațiile din Partea IV - criterii de selecție din DUAЕ, unde a declarat că îndeplinește criteriile de selecție cu privire la: A) Capacitatea de a corespunde cerințelor; B) Situația economică și financiară; C) Capacitatea tehnică și profesională; D) Sisteme de asigurare a calității și standarde de management de mediu.

e) Informații/declarații din Partea V - Declarații Finale din DUAЕ, unde contestatoarea a declarat: *„Subsemnatul declar că informațiile prezentate în părțile II - V de mai sus sunt exacte și corecte și că au fost furnizate cunoscând pe deplin consecințele cazurilor grave de declarații false”.*

B) Informații care confirmă că: operatorul economic nu a ascuns astfel de informații, se regăsesc în DUAЕ la aceleași secțiuni/părți cu cele menționate la lit. A de mai sus. De asemenea, confirmarea suplimentară a faptului că nu a ascuns informații pentru verificarea absenței motivelor de excludere, respectiv informații de verificare a îndeplinirii criteriilor de selecție rezultă și din documentele suport anexate la DUAЕ (a se vedea paginile 1-442 Volumul 1 și paginile 1-152 Volumul 2 din documentația de calificare).

C) Informații care confirmă că: operatorul economic a fost în măsură să furnizeze, fără întârziere, documente justificative solicitate de autoritatea contractantă sau de entitatea contractantă, se regăsesc în DUAЕ în declarațiile din Partea V - Declarații Finale din DUAЕ:

Subsemnatul declar în mod oficial că pot să furnizez, la cerere și fără întârziere, certificatele și alte forme de documente justificative menționate, cu excepția cazurilor în care:

(a) Autoritatea contractantă sau entitatea contractantă are posibilitatea de a obține documentele justificative vizate direct prin accesarea unei baze de date naționale în orice stat membru, disponibilă în mod gratuit sau

(b) La 18 octombrie 2018 cel mai târziu, autoritatea contractantă sau entitatea contractantă deține deja documentele în cauză.

De asemenea, tot în cadrul Părții V - Declarații Finale din DUAE, contestatoarea susține că a declarat că este de acord ca autoritatea contractantă să obțină acces la documentele justificative privind informațiile pe care le-a furnizat în Partea II, Partea III și Partea IV din DUAE.

Mai mult, contestatoarea precizează că deși nu a existat până la acest moment o solicitare din partea autorității de prezentare a documentelor justificative, documentele care probează declarațiile din DUAE cu privire la motivele de excludere și criteriile de selecție au fost depuse în ofertă, în anexă la DUAE (paginile 1-442 Volumul 1 și paginile 1-152 Volumul 2 din documentația de calificare).

D) Informații care confirmă că operatorul economic declară că: nu a încercat să influențeze în mod nepermis procesul decizional al autorității contractante sau al entității contractante, să obțină informații confidențiale care i-ar putea conferi avantaje necuvenite în cadrul procedurii de achiziție publică sau să furnizeze din neglijență informații false care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor privind excluderea, selecția și atribuirea, se regăsesc în DUAE după cum urmează:

Un prim aspect pe care contestatoarea îl supune atenției este că solicitarea de confirmare de mai sus echivalează practic cu declararea de către operatorul economic a faptului că nu are cunoștință de existența unor conflicte de interese, respectiv că nu a săvârșit acțiuni de natură a distorsiona concurența, nu se face vinovat de abateri profesionale grave, declarații false sau fapte penale în sensul art. 164 din Legea nr. 98/2016. Aceasta întrucât, fapta/faptele de a influența în mod nepermis procesul decizional al autorității contractante, de a obține informații confidențiale care i-ar putea conferi avantaje necuvenite în cadrul procedurii, de a furniza din neglijență informații false care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor privind excluderea, selecția sau atribuirea, se circumscriu faptelor de natură a distorsiona concurența, abateri profesionale grave, conflicte de interese sau fapte penale.

Or, tot în DUAE există informații din care rezultă că ofertantul confirmă că nu se face vinovat de:

a) Fapte penale, conform mențiunilor din DUAE, Partea III - Motive de excludere, Secțiunea A - Motivele referitoare la condamnările penale. De asemenea, s-au prezentat în anexă la DUAE cazierile judiciare.

b) Abateri profesionale grave, conform mențiunilor din DUAE, Partea III - Motive de excludere, Secțiunea C - motive legale de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale.

Contestatoarea arată că potrivit art. 209 alin. (1), autoritatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări/completări în scopul lămuririi unor aspecte determinate de existența unor neconcordanțe între informațiile prezentate în DUAE.

În ceea ce privește Notificarea ANAP privind utilizarea DUAE în procedurile de achiziție publică, parcursă prin prisma prevederilor art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 și având în vedere faptul că, prin clarificarea ANAP privind solicitarea de clarificări pentru DUAE, nu s-a

urmărit crearea posibilității autorității contractante de a abuza de un drept, precum și că, prin îndreptarea unor eventuale erori, nu se creează un avantaj în raport cu ceilalți participanți la procedură ci, dimpotrivă, se oferă un tratament egal cu ceilalți ofertanți, contestatoarea consideră că inadvertențele în discuție ar viza aspecte de formă și nu de fond, sens în care se impune recalificarea inadvertențelor în inadvertențe de formă, în loc de inadvertențe de fond.

Repingerea ofertei din start, fără posibilitatea revizuirii DUAЕ în măsura considerată necesară de către autoritatea contractantă ar conduce la încălcarea principiilor nediscriminării, tratamentului egal și proporționalității, măsura fiind excesivă.

Mai mult, rolul DUAЕ este acela de a confirma temporar faptul că ofertanții îndeplinesc criteriile de calificare stabilite prin documentația de atribuire, în consecință, atunci când o ofertă este respinsă pentru aspecte ce țin de DUAЕ, practic acea ofertă este respinsă întrucât nu ar îndeplini criteriile de calificare.

Or, în situația de față nu doar că în formularul DUAЕ se regăsesc informații care confirmă că ofertantul nu se află în situațiile de excludere de la art. 164, art.165 și art.167 din Legea nr. 98/2016, dar autoritatea avea la dispoziție și documente suport în acest sens, anexate la DUAЕ.

De asemenea, contestatoarea învederează că documentele care fac dovada că nu se încadrează în cazurile prevăzute la art. 167 sunt certificate/caziere, documente ce au fost prezentate în anexă la DUAЕ, fapt ce confirmă o dată în plus că sunt niște inadvertențe de formă din DUAЕ și nu inadvertențe de fond, sens în care în urma unor clarificări ale autorității sub acest aspect, se poate prezenta DUAЕ revizuit.

Autoritatea contractantă a transmis documentele necesare soluționării contestației SC ... SRL cu adresa de înaintare nr. 22377/28.03.2017 înregistrată la Consiliu sub nr. 10907/28.03.2017 precum și punctul său de vedere nr. 22804/31.03.2017, înregistrat la Consiliu cu nr. 11508/31.03.2017, în care menționează că în speța de față, completarea pretins eronată a unor secțiuni din DUAЕ sau necompletarea acestora nu reprezintă o simplă chestiune de formă. Argumentul potrivit căruia doi dintre asociați au declarat, din greșeală, că nu confirmă de fapt neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 167, alin. (1), lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016, iar al treilea asociat, din greșeală, nu a completat deloc secțiunea privind încadrarea/neîncadrarea în motivele de excludere prevăzute la art. 167, alin. (1), lit. b) și g) din Legea nr. 98/2016 demonstrează că ofertantul ... SRL, a pregătit o ofertă fără înțelegerea adecvată a cerințelor documentației de atribuire și fără completarea corespunzătoare a DUAЕ pentru cei trei asociați.

Autoritatea contractanta a argumentat pe larg motivele de respingere a ofertei, fundamentându-și decizia pe reglementările legale în mod real incidente și pe care contestatoarea, prin justificările oferite în notificarea prealabilă și reluate în contestație, nu le-a invalidat.

Astfel, autoritatea contractantă susține că nu excesul de formalism a condus la respingerea ca inacceptabilă a ofertei depuse de ASOCIEREA ... SRL, ci neîndeplinirea de către ofertant a cerințelor documentației de

atribuire, așa cum a fost expus atât în Procesul verbal nr. 5, cât și în grila de evaluare privind DUAЕ depuse în cadrul ofertei de către cei trei asociați.

De asemenea, autoritatea contractantă susține că a analizat cu bună credință toate ofertele, nu doar oferta depusă de ASOCIEREA ... SRL, tratând în mod identic toate situațiile similare identificate în cadrul tuturor ofertelor, cu respectarea principiilor nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității.

Autoritatea contractantă prezintă situația ofertei depuse de ASOCIEREA ...SRL așa cum rezultă din analiza detaliată prezentată atât în cadrul Procesului verbal nr. 5, cât și în cadrul Grilei de evaluare cu privire la verificarea DUAЕ, astfel:

1. Ofertantul asociat ... S.A. a declarat în partea a III a Motive de excludere, secțiunea C. MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE, că NU POATE CONFIRMA CĂ:

a) Nu s-a făcut grav vinovat de declarații false la furnizarea informațiilor solicitate pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinit criteriile de selecție,

b) Nu a ascuns astfel de informații,

c) A fost în măsură să furnizeze, fără întârziere, documentele justificative solicitate de autoritatea contractantă sau de entitatea contractantă și

d) Nu a încercat să influențeze în mod nepermis procesul decizional al autorității contractante sau al entității contractante, să obțină informații confidențiale care i-ar putea conferi avantaje necuvenite în cadrul procedurii de achiziție publică sau să furnizeze din neglijență informații false care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor privind excluderea, selecția și atribuirea .

2. Ofertantul asociat ...SRL a declarat în partea a III-a Motive de excludere, secțiunea C. MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE, că NU POATE CONFIRMA că:

a) Nu s-a făcut grav vinovat de declarații false la furnizarea informațiilor solicitate pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinit criteriile de selecție,

b) Nu a ascuns astfel de informații,

c) A fost în măsură să furnizeze, fără întârziere, documentele justificative solicitate de autoritatea contractantă sau de entitatea contractantă și

d) Nu a încercat să influențeze în mod nepermis procesul decizional al autorității contractante sau al entității contractante, să obțină informații confidențiale care i-ar putea conferi avantaje necuvenite în cadrul procedurii de achiziție publică sau să furnizeze din neglijență informații false care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor privind excluderea, selecția și atribuirea .

3. Ofertantul asociat ... SRL nu a completat niciun răspuns în partea a III a Motive de excludere, secțiunea C. motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale, cu privire la următoarele:

Operatorul economic se află în vreuna din următoarele situații:

b) Face obiectul unor proceduri de insolvență sau de lichidare sau

e) Într-o situație de administrare judiciară sau

f) *Într-o situație de încetare a activității?*

Si

Operatorul economic se află într-o situație în care un contract de achiziții publice anterior, un contract anterior încheiat cu o entitate contractantă sau un contract de concesiune anterior a fost reziliat anticipat sau au fost impuse daune-interese sau alte sancțiuni comparabile în legătură cu respectivul contract anterior.

Raportat la această situație de fapt care rezultă din Formularele DUAЕ prezentate de către cei trei ofertanți asociați și în conformitate cu dispozițiile legale aplicabile și cu prevederile documentației de atribuire, în mod corect comisia de evaluare a consemnat următoarele:

Referitor la cerințele din documentația de atribuire privind modalitatea de completare a DUAЕ de către ofertanții asociați cu privire la motivele de excludere, comisia de evaluare a constatat că prin fișa de date a achiziției, secțiunea III. 2 Condiții de participare - III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, se solicită următoarele: "Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/Terțul susținător trebuie să demonstreze că nu se încadrează în prevederile art. 167 din Legea nr. 98/ 2016. În acest sens, Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/ Terțul susținător va completa DUAЕ - Partea III "Motive de excludere" - Secțiunea C "Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale".

Având în vedere definiția DUAЕ prevăzută la art. 3, alin (1), lit. s) din Legea nr.98/2016 precum și prevederile art. 193 alin (1) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare a luat act de faptul că DUAЕ reprezintă o declarație pe proprie răspundere a operatorilor economici privind îndeplinirea cerințelor din documentația de atribuire, inclusiv în ceea ce privește încadrarea sau nu în situațiile de excludere prevăzute la art. 164, art. 165 și art.167 din Legea nr.98/2016.

Astfel, faptul că atât ofertantul asociat S.A, cât și ofertantul asociat SRL au declarat în DUAЕ că nu pot confirma că nu se află în situațiile de excludere prevăzute de art. 167 din Legea nr. 98/2016, respectiv:

a) Nu s-a făcut grav vinovat de declarații false la furnizarea informațiilor solicitate pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinit criteriile de selecție,

b) Nu a ascuns astfel de informații,

c) A fost în măsură să furnizeze, fără întârziere, documentele justificative solicitate de autoritatea contractantă sau de entitatea contractantă și

d) Nu a încercat să influențeze în mod nepermis procesul decizional al autorității contractante sau al entității contractante, să obțină informații confidențiale care i-ar putea conferi avantaje necuvenite în cadrul procedurii de achiziție publică sau să furnizeze din neglijență informații false care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor privind excluderea, selecția și atribuirea, echivalează cu o declarație pe proprie răspundere a acestora că, în fapt, se află în aceste situații de excludere.

Prin bifarea în DUAЕ a opțiunii NU, cei doi ofertanți asociați afirmă, de fapt, că:

a) s-au făcut grav vinovați de declarații false la furnizarea informațiilor solicitate pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinit criteriile de selecție

b) au ascuns astfel de informații,

c) nu au fost în măsura să furnizeze, fără întârziere, documentele justificative solicitate de autoritatea contractantă sau de entitatea contractantă și

d) au încercat să influențeze în mod nepermis procesul decizional

a) autorității contractante sau al entității contractante, să obțină informații confidențiale care le-ar putea conferi avantaje necuvenite în cadrul procedurii de achiziție publică sau să furnizeze din neglijență informații false care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor privind excluderea, selecția și atribuirea.

Având în vedere aspecte mai sus prezentate, comisia de evaluare a concluzionat că ofertanții asociați ... SRL, pe baza propriilor declarații cu privire la încadrarea în situațiile de excludere mai sus enunțate, se află în situațiile prevăzute de art. 167, alin. (1). lit. h) și lit.i) din Legea nr. 98/2016.

Pe cale de consecință, cunoscând dispozițiile art. 169 din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare a stabilit ca sunt incidente prevederile art. 215, alin. (4) din Legea 98/2016.

În ceea ce privește modalitate de completare a DUAЕ de către ofertantul asociat SC ... SRL, respectiv omisiunea de a completa în declarația pe proprie răspundere informații privind neîncadrarea în motivele de excludere prevăzute la art. 167, alin. (1), lit. b) și g) din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare a concluzionat că devin incidente prevederile art. 137, alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, fără a mai fi posibilă solicitarea de clarificări în acest sens, având în vedere interpretarea oferită de ANAP prin Notificarea din 01.09.2016.

Astfel, conform Notificării ANAP privind utilizarea DUAЕ, având în vedere că ofertantul asociat SC ... SRL nu a completat DUAЕ cu informațiile solicitate prin documentația de atribuire privind neîncadrarea în situațiile de excludere și nu a bifat toate câmpurile solicitate în Partea III "Motive de excludere", secțiunea C. MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE, comisia de evaluare a constatat că necompletarea în integralitate a acestei secțiuni se încadrează în categoria inadvertențelor de fond, respectiv omisiuni ale informațiilor, în raport cu care nu există posibilitatea de a solicita clarificări, având în vedere obligativitatea respectării principiilor tratamentului egal și al transparenței.

Totodată, raportat la obligația prevăzută la art. 134. alin (1) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare a constatat că nu există în DUAЕ sau în documentele ofertei încărcate în SEAP nicio altă informație de natură a aduce precizări cu privire la motivele pentru care operatorul economic nu a completat anumite câmpuri din secțiunea C. MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE a DUAЕ, sau informații de natură a confirma/infirma încadrarea operatorului

economic în situațiile de excludere prevăzută la art. 167, alin. (1) lit. b) și g) din Legea nr. 98/2016.

Astfel, autoritatea contractantă susține că întrucât ofertantul ASOCIEREA ...SRL, respectiv fiecare membru al asocierii a prezentat în cadrul ofertei un DUAЕ în care declară pe propria răspundere că se află în situațiile de excludere prevăzute la art. 167, alin. (1), lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016, această omisiune fiind considerată, potrivit interpretărilor ANAP din cuprinsul Notificării nr.01.09.2016, o inadvertență de fond pentru care nu este permisă solicitarea de clarificări întrucât s-ar încălca principiul tratamentului egal și s-ar crea un avantaj evident în defavoarea celorlalți ofertanți.

Decizia Comisiei de evaluare privind respingerea ofertei ca inacceptabilă în temeiul art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 137 alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, este întemeiată pe dispoziții legale explicate.

Având în vedere dispozițiile art. 193 alin (1) din Legea 98/2016 și prevederile art. 20, alin. (3), (5) și (6) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă a precizat în mod explicit în cuprinsul fișei de date a achiziției, în capitolele aferente criteriilor de calificare (motive de excludere și criterii referitoare la capacitatea ofertanților), toate secțiunile din DUAЕ care trebuie completate, menționând în mod expres în cap. IV. 4.3) Modul de prezentare a ofertei următoarele informații:

"Documentul Unic de Achiziție European (DUAЕ)

Ofertantul va completa DUAЕ pe baza formularului standard pus la dispoziție de autoritatea contractantă, disponibil în SEAP în format electronic editabil, inserând în câmpurile disponibile toate informațiile solicitate în fișa de date a achiziției.

În vederea completării DUAЕ, ofertantul va consulta Ghidul de utilizare al DUAЕ pentru operatorii economici, pus la dispoziție de ANAP prin Notificarea nr. 240/28.06.2016 disponibilă la adresa www.anap.eov.ro sau www.e-licitatie.ro. precum și instrucțiunile din Anexa 1 la formularul DUAЕ.

DUAЕ completat de către ofertanți va fi semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat, și va fi încărcat în SEAP împreună cu oferta, până la termenul limită de depunere a ofertelor.

Ofertanții vor avea în vedere, la completarea DUAЕ, atât solicitările din fișa de date a achiziției cât și prevederile art. 193-197 din Legea nr. 98/2016.

Nota

Ofertanții au obligația completării tuturor câmpurilor solicitate prin fișa de date a achiziției din secțiunile A, B, C și D ale părții a IV din DUAЕ.

De asemenea, în toate secțiunile DUAЕ solicitate a fi completate de către autoritatea contractantă prin fișa de date a achiziției, acolo unde exista disponibilitatea electronică a informațiilor solicitate, ofertanții vor indica adresa la care acestea pot fi accesate, urmând pașii din formularul standard."

Totodată, împreună cu anunțul de participare, ca parte a documentației de atribuire, autoritatea contractantă a pus la dispoziția

operatorilor economici modelul standard de DUAE pe care aceștia aveau obligația să îl completeze. Formularul standard a fost revizuit o singură dată prin Clarificarea nr. 17 publicată în SEAP, revizia constând în eliminarea sintagmei inclusiv privind accesibilitatea pentru persoanele cu handicap din secțiunea D: SISTEME DE ASIGURARE A CALITĂȚII ȘI STANDARDE DE MANAGEMENT DE MEDIU. Formularul DUAE revizuit a fost republicat în Anexa 3, la Clarificarea nr. 17.

Autoritatea contractantă susține că poate modifica acest formular standard doar în sensul eliminării secțiunilor care nu își găsesc un corespondent în fișa de date a achiziției și în cerințele de calificare definite în aceasta, însă structura și modalitatea de formulare a întrebărilor reflectă întocmai modelul creat de ANAP și pus la dispoziție pentru utilizare.

Astfel, afirmațiile contestatarei potrivit cărora ... și ...SRL au fost induși în eroare de modalitatea de formulare a enunțului din secțiunea C. MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE care *"constituie o veritabilă dublă negație"*, nu pot fi reținute din moment ce formulările utilizate în DUAE sunt stabilite prin modelul standard pus la dispoziție de ANAP și DUAE a fost disponibil pentru lectură, analiză și înțelegere încă de la momentul publicării documentației de atribuire.

Concluzia contestatarei potrivit careia faptul ca DUAE conține două tipuri de întrebări, ceea ce implica formularea de răspunsuri atât cu NU cât și cu DA, nu exonerează ofertantul de obligația de a prezenta o ofertă corectă, care îndeplinește toate condițiile de formă și criteriile de calificare solicitate prin documentația de atribuire și nu creează premisele acordării unui tratament preferențial pornind de la premisa că un ofertant care a alocat resurse pentru pregătirea și depunerea ofertei, în mod obligatoriu, va avea o oferta admisibilă.

De asemenea, autoritatea contractantă învederează și faptul că, din moment de alți ofertanți au citit și au înțeles în mod corect întrebările și au furnizat răspunsuri în consecință și, mai ales, au înțeles că este obligatorie completarea tuturor secțiunilor DUAE indicate în mod explicit în documentația de atribuire, nu putea face excepții pentru anumiți ofertanți, bazate pe supoziții privind buna credință a acestora în elaborarea ofertelor.

Autoritatea contractantă a transmis documentele necesare soluționării contestației SC ... SRL cu adresa de înaintare nr. 22613/30.03.2017 înregistrată la Consiliu sub nr. 11275/30.03.2017 precum și punctul său de vedere nr. 23819/07.04.2017, înregistrat la Consiliu cu nr. 12660/07.04.2017, în care menționează că în speța de față, completarea pretins eronată a unor secțiuni din DUAE sau necompletarea acestora nu reprezintă o simplă chestiune de formă. Argumentul potrivit căruia SC ... SRL a declarat, din eroare, că nu confirmă de fapt neîncadrarea în situațiile prevăzute la art. 167, alin. (1), lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016, demonstrează că ofertantul a pregătit o ofertă fără înțelegerea adecvată a cerințelor documentației de atribuire și fără completarea corespunzătoare a DUAE.

Astfel, autoritatea contractantă susține că nu „superficialitatea în evaluarea întregului DUAЕ și un formalism excesiv”, au condus la respingerea ca inacceptabilă a ofertei depuse de SC ... SRL, ci neîndeplinirea de către ofertant a cerințelor documentației de atribuire, așa cum a fost expus atât în Procesul verbal nr. 5, Procesul verbal nr. 7 cât și în grila de evaluare privind DUAЕ depuse în cadrul ofertei.

În continuare autoritatea contractantă reiterează cele menționate în cadrul punctului de vedere nr. 22804/31.03.2017, precizând totodată că a analizat cu bună credință toate ofertele, nu doar oferta depusă de SC ... SRL, tratând în mod identic toate situațiile similare identificate în cadrul tuturor ofertelor, cu respectarea principiilor nediscriminării, tratamentului egal și al proporționalității.

Autoritatea contractantă prezintă situația ofertei depuse de SC ... SRL așa cum rezultă din analiza detaliată prezentată atât în cadrul Procesului verbal nr. 5, Procesul verbal nr. 7 cât și în cadrul Grilei de evaluare cu privire la verificarea DUAЕ, astfel:

1. *Ofertantul SC ...SRL a declarat în partea a III a Motive de excludere, secțiunea C. MOTIVE LEGATE DE INSOLVENȚĂ, CONFLICT DE INTERESE SAU ABATERI PROFESIONALE, că NU POATE CONFIRMA CĂ:*

a) *Nu s-a făcut grav vinovat de declarații false la furnizarea informațiilor solicitate pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinit criteriile de selecție,*

b) *Nu a ascuns astfel de informații,*

c) *A fost în măsură să furnizeze, fără întârziere, documentele justificative solicitate de autoritatea contractantă sau de entitatea contractantă și*

d) *Nu a încercat să influențeze în mod nepermis procesul decizional al autorității contractante sau al entității contractante, să obțină informații confidențiale care i-ar putea conferi avantaje necuvenite în cadrul procedurii de achiziție publică sau să furnizeze din neglijență informații false care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor privind excluderea, selecția și atribuirea.*

Raportat la această situație de fapt care rezultă din Formularul DUAЕ prezentat de către ofertantul SC ... SRL și în conformitate cu dispozițiile legale aplicabile și cu prevederile documentației de atribuire, în mod corect, comisia de evaluare a consemnat următoarele:

Referitor la cerințele din documentația de atribuire privind modalitatea de completare a DUAЕ de către ofertanții asociați cu privire la motivele de excludere, comisia de evaluare a constatat că prin fișa de date a achiziției, secțiunea III. 2 Condiții de participare - III.2.1.a) Situația personală a candidatului sau ofertantului, se solicită următoarele: "Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/Terțul susținător trebuie să demonstreze că nu se încadrează în prevederile art. 167 din Legea nr. 98/ 2016. În acest sens, Ofertantul unic/Ofertantul asociat/Subcontractantul/ Terțul susținător va completa DUAЕ - Partea III "Motive de excludere" - Secțiunea C "Motive legate de insolvență, conflicte de interese sau abateri profesionale".

Astfel, faptul că ofertantul SC ... SRL declarat în DUAЕ că nu poate confirma că nu se află în situațiile de excludere prevăzute de art. 167 din Legea nr. 98/2016, respectiv:

a) Nu s-a făcut grav vinovat de declarații false la furnizarea informațiilor solicitate pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinit criteriile de selecție,

b) Nu a ascuns astfel de informații,

c) A fost în măsură să furnizeze, fără întârziere, documentele justificative solicitate de autoritatea contractantă sau de entitatea contractantă și

d) Nu a încercat să influențeze în mod nepermis procesul decizional al autorității contractante sau al entității contractante, să obțină informații confidențiale care i-ar putea conferi avantaje necuvenite în cadrul procedurii de achiziție publică sau să furnizeze din neglijență informații false care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor privind excluderea, selecția și atribuirea, echivalează cu o declarație pe proprie răspundere a acestora că, în fapt, se află în aceste situații de excludere.

Prin bifarea în DUAЕ a opțiunii NU, cei doi ofertanți asociați afirmă, de fapt, că:

a) s-au făcut grav vinovați de declarații false la furnizarea informațiilor solicitate pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinit criteriile de selecție

b) au ascuns astfel de informații,

c) nu au fost în măsura să furnizeze, fără întârziere, documentele justificative solicitate de autoritatea contractantă sau de entitatea contractantă și

d) au încercat să influențeze în mod nepermis procesul decizional a) autorității contractante sau al entității contractante, să obțină informații confidențiale care le-ar putea conferi avantaje necuvenite în cadrul procedurii de achiziție publică sau să furnizeze din neglijență informații false care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor privind excluderea, selecția și atribuirea.

Având în vedere aspectele mai sus prezentate, comisia de evaluare a concluzionat că ofertantul SC ... SRL pe baza propriilor declarații cu privire la încadrarea în situațiile de excludere mai sus enunțate, se află în situațiile prevăzute de art. 167, alin. (1). lit. h) și lit. i) din Legea nr. 98/2016.

Pe cale de consecință, cunoscând dispozițiile art. 169 din Legea nr. 98/2016, comisia de evaluare a stabilit ca sunt incidente prevederile art. 215, alin. (4) din Legea 98/2016 precum și prevederile art. 137, alin. (2) lit. b) din HG nr. 395/2016, fără a mai fi posibilă solicitarea de clarificări în acest sens, având în vedere interpretarea oferită de ANAP prin Notificarea din 01.09.2016.

Având în vedere că ofertantul SC ... SRL a declarat pe proprie răspundere că se află în situațiile de excludere antemenționate, devenind astfel incidente prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și ținând cont de faptul că celelalte informații prezentate în DUAЕ se referă la

situații distincte de excludere, comisia de evaluare nu putea solicita clarificări ofertantului fără încălcarea principiului tratamentului egal.

Totodată, raportat la obligația prevăzută la art. 134. alin (1) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare a constatat că nu există în DUAE sau în documentele ofertei încărcate în SEAP nicio altă informație de natură a confirma/infirma încadrarea operatorului economic în situațiile de excludere prevăzută la art. 167 alin. (1) lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016.

Având în vedere dispozițiile art. 193 alin (1) din Legea 98/2016 și prevederile art. 20, alin. (3), (5) și (6) din HG nr. 395/2016, autoritatea contractantă a precizat în mod explicit în cuprinsul fișei de date a achiziției, în capitolele aferente criteriilor de calificare (motive de excludere și criterii referitoare la capacitatea ofertanților), toate secțiunile din DUAE care trebuie completate, menționând în mod expres în cap. IV. 4.3) Modul de prezentare a ofertei următoarele informații:

"Documentul Unic de Achiziție European (DUAE)

Ofertantul va completa DUAE pe baza formularului standard pus la dispoziție de autoritatea contractantă, disponibil în SEAP în format electronic editabil, inserând în câmpurile disponibile toate informațiile solicitate în fișa de date a achiziției.

În vederea completării DUAE, ofertantul va consulta Ghidul de utilizare al DUAE pentru operatorii economici, pus la dispoziție de ANAP prin Notificarea nr. 240/28.06.2016 disponibilă la adresa www.anap.eov.ro sau www.e-licitatie.ro. precum și instrucțiunile din Anexa 1 la formularul DUAE.

DUAE completat de către ofertanți va fi semnat cu semnătură electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat, eliberat de un furnizor de servicii de certificare acreditat, și va fi încarcat în SEAP împreună cu oferta, până la termenul limită de depunere a ofertelor.

Ofertanții vor avea în vedere, la completarea DUAE, atât solicitările din fișa de date a achiziției cât și prevederile art. 193-197 din Legea nr. 98/2016.

Nota

Ofertanții au obligația completării tuturor câmpurilor solicitate prin fișa de date a achiziției din secțiunile A, B, C și D ale părții a IV din DUAE.

De asemenea, în toate secțiunile DUAE solicitate a fi completate de către autoritatea contractantă prin fișa de date a achiziției, acolo unde exista disponibilitatea electronica a informațiilor solicitate, ofertanții vor indica adresa la care acestea pot fi accesate, urmând pașii din formularul standard."

Totodată, autoritatea contractantă reiterează că împreună cu anunțul de participare, ca parte a documentației de atribuire, a pus la dispoziția operatorilor economici modelul standard de DUAE pe care aceștia aveau obligația să îl completeze. Formularul standard a fost revizuit o singură dată prin Clarificarea nr. 17 publicată în SEAP, revizia constând în eliminarea sintagmei inclusiv privind accesibilitatea pentru persoanele cu handicap din secțiunea D: SISTEME DE ASIGURARE A CALITĂȚII ȘI STANDARDE DE MANAGEMENT DE MEDIU. Formularul DUAE revizuit a fost republicat în Anexa 3, la Clarificarea nr. 17.

În ceea ce privește afirmația contestatoarei conform căreia „La secțiunea C- Motive legale de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale din DUAЕ, partea a III – a Motive de excludere, am declarat că nu ne aflăm în condițiile de excludere de la art. 167 din Legea nr. 98/2016 și am prezentat documente suport în acest sens, respectiv: Certificate ISO (paginile 144-152 din documentația de calificare Vol. II), certificat constatator SC ... SRL (paginile 22-33 din documentația de calificare Vol. II), Declarație privind neîncadrarea în prevederile de la art. 60 alin. (1) dată de reprezentantul legal al SC ... SRL (pagina 18 din documentația de calificare – Vol. I)”, autoritatea contractantă menționează că aceasta este parțial adevărată, în sensul că Secțiunea C- Motive legale de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale, include toate situațiile de excludere prevăzute de art. 167 din Legea nr. 98/2016, ofertantul declarând doar pentru o parte dintre acestea că nu îi sunt aplicabile.

Așadar, faptul că ofertantul a declarat că nu se află în situațiile de excludere cuprinse în primele 7 subsecțiuni ale secțiunii C - Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale, nu echivalează cu faptul că nu se află în niciuna dintre situațiile de excludere prevăzute la art. 167 din Legea nr. 98/2016.

De asemenea, faptul că ofertantul în mod corespunzător DUAЕ în ceea ce privește Secțiunile A și B ale DUAЕ nu elimină posibilitatea ca acesta să se afle în una dintre situațiile de excludere prevăzute de art. 167 din Legea nr. 98/2016.

Totodată, prin completarea Părții V – Declarații finale din DUAЕ, ofertantul nu a declarat doar că „informațiile prezentate în părțile II – V din DUAЕ au fost furnizate cunoscând pe deplin consecințele cazurilor grave de delcarații false (...)” ci și că „informațiile prezentate în părțile II-V de mai sus sunt exacte și corecte (...)”. Prin urmare, această declarație finală vine să reconfirme corectitudinea informațiilor furnizate de ofertant inclusiv în subsecțiunea 8 a secțiunii C din DUAЕ.

Suplimentar față de de aspectele anterior enunțate, autoritatea contractantă aduce în atenție o speță similară (Decizia nr. ...), în care Consiliul a motivat decizia de respingere a contestației ca nefondată astfel: “[...] Consiliul apreciază că ofertantul contestator era obligat să respecte cerințele documentației de atribuire, astfel cum a fost aceasta elaborată de autoritatea contractantă și să depună DUAЕ completat în mod corespunzător [...] Prin urmare, Consiliul nu poate lua în considerare alegația contestatorului potrivit căreia autoritatea contractantă ar fi trebuit să îi solicite clarificări privind neconcordanțele constatate în cadrul DUAЕ, orice ofertă a unui operator economic care nu a completat DUAЕ în mod corespunzător, fiind respinsă, din start, ca inacceptabilă în baza textului de lege sus menționat [...]”.

Se reconfirmă astfel faptul că declararea pe proprie răspundere a faptului că se află într-o situație de excludere nu poate fi asimilată unei inadvertențe de formă, ci a unei inadvertențe de fond, în sensul Notificării ANAP. Mai mult decât atât, orice solicitare a comisiei de evaluare privind transmiterea unui DUAЕ revizuit nu ar fi fost posibilă decât cu încălcarea

dispozițiilor art. 209 alin. (2) din Legea nr.98/2016 și a principiilor pe care se întemeiază orice proces de achiziție.

Prin adresa înregistrată la Consiliu sub nr. 12138/05.04.2017, SC ... SRL formulează răspuns la punctul de vedere al autorității contractante, în care reiterează cele menționate în cadrul contestației menționând totodată că nu a contestat faptul că, în temeiul prevederilor art. 132 alin. (1) din HG nr. 395/2016, comisia de evaluare are obligația legală a verificării îndeplinirii cerințelor de calificare prin verificarea DUAE. De asemenea, nu contestă că, date fiind prevederile art. 163 din Legea nr. 98/2016, cerințele de calificare privesc motive de excludere.

Chestiunea în discuție nu este dacă DUAE e sau nu o declarație pe proprie răspundere, nici dacă ofertantul are sau nu obligația de a face dovada că nu se află în situații de excludere, părțile fiind în deplin acord asupra acestor aspecte, ci în ipoteza în care situația de fapt - eroarea birocratică - este valorizată diferit de către părți: autoritatea o califică ca fiind inadvertență de fond, iar în opinia contestatoarei este în mod incontestabil o inadvertență de formă.

Contestatoarea afirmă că nu a pretins autorității, astfel cum afirmă aceasta în punctul său de vedere, să neglijeze aplicarea unor texte de lege, în favoarea deslușirii voinței reale a ofertantului de la momentul completării DUAE, ci a cerut autorității contractante să observe că este logic imposibil și absurd ca un comerciant să facă eforturile și să suporte costurile redactării unei oferte atât de complexe, dacă ar cunoaște încă de la momentul publicării documentației de atribuire că nu îndeplinește cerințele de calificare, în sensul că se află într-o situație de excludere prevăzută de lege.

Distincția făcută prin notificare și ulterior prin contestație între eroare birocratică la bifare și completarea deliberată a unui anumit conținut nu invită autoritatea la un demers de intuire a voinței interne a ofertantului, ci la o analiză temeinică și responsabilă cu privire la situația de fapt reală din prezenta speță.

Prin adresa nr. 815/13.04.2017, înregistrat la Consiliu sub nr. 13794/13.04.2017, SC ... SRL formulează concluzii scrise ca urmare a punctului de vedere al autorității contractante și a studierii dosarului achiziției, în care reiterează cele precizate în cadrul contestației menționând de asemenea că dacă s-ar admite concluzia autorității conform căreia s-ar face vinovată de declarații false la furnizarea informațiilor solicitate pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinirii criteriilor de selecție ar echivala cu faptul că toate celelalte declarații din DUAE ar fi false. Or, o astfel de concluzie este contrazisă pe de o parte prin declarațiile din Partea V - Declarații Finale din DUAE, unde a menționat că informațiile din DUAE sunt corecte și exacte, precum și din celelalte completări ale DUAE, potrivit cărora nu se află în situațiile de excludere și îndeplinește criteriile de selecție. De asemenea, documentele suport prezentate vin să dovedească veridicitatea celor afirmate în DUAE cu privire la absența motivelor de excludere și îndeplinirea criteriilor de selecție.

În altă ordine de idei, nu se poate pune în discuție o încălcare a tratamentului egal în raport de ceilalți participanți la procedură din

moment ce nu există situațiile de excludere de la art. 167 din Legea 98/2016. Astfel, nu pot fi ceilalți participanți dezavantajați în situația admiterii faptului că este vorba de o inadvertență de formă, atâta timp cât în realitate nu sunt situațiile de excludere în discuție. Dimpotrivă, prin decizia sa, autoritatea contractantă încalcă principiile tratamentului egal și proporționalității cu ocazia evaluării ofertei SC ... SRL, în contextul în care este exclusă din procedură, deși nu se află în situațiile de excludere de la art. 167. Contrar celor afirmate de către autoritate, documentele suport prezentate în anexă la DUAЕ sunt tocmai de natură a confirma o dată în plus inadvertența de formă, din moment ce acestea vin în susținerea afirmațiilor din DUAЕ potrivit cărora nu ne aflăm în situațiile de excludere de la art.167.

Extrasul din practica invocată de către autoritate nu prezintă relevanță, fiind prezentat doar un extras fără a se înțelege în concret situația de fapt din dosarul Consiliului amintit, respectiv natura inadvertențelor din DUAЕ, dacă sunt de formă sau de fond. Este evident că respingerea din start nu este permisă în cazul unor inadvertențe de formă, astfel cum s-a statuat prin Notificarea ANAP.

Analizând documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul constată următoarele:

... SA, în calitate de autoritate contractantă, a organizat procedura de licitație deschisă online, privind atribuirea contractului de achiziție publică de lucrări având ca obiect „Finalizarea lucrărilor la Nodul Gilău și conexiunea dintre Secțiunea 2B cu Subsecțiunea 3A1, Autostrada Brașov-Târgu Mureș – Cluj - Oradea”. În acest sens a elaborat documentația de atribuire aferentă și a publicat în SEAP anunțul de participare nr. ..., valoarea estimată a procedurii fiind de 48.566.561,23 lei.

Potrivit procesului-verbal al ședinței de deschidere a ofertelor nr. 14/1784/09.02.2017, în cadrul procedurii au depus oferte 7 ofertanți, printre care și cele două contestatoare.

Ca urmare a evaluării formularelor DUAЕ depuse de ofertanți, 4 ofertanți, printre care și cele două contestatoare, au fost respinși ca inacceptabili. În ceea ce privește motivul de respingere a contestatoarelor Asocierea ... SRL, Consiliul reține că ambele au fost respinse pe același motiv, respectiv completarea necorespunzătoare a DUAЕ, în cadrul Părții a III-a Motive de excludere, secțiunea C- Motive legate de insolvență, conflict de interese sau abateri profesionale, întrebarea a 8, „Operatorul economic poate confirma că:

a) Nu s-a făcut grav vinovat de declarații false la furnizarea informațiilor necesare pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinirii criteriilor de selecție - indicată individual de autoritatea contractantă în comunicarea rezultatului procedurii,

b) Nu a ascuns astfel de informații,

c) A fost în măsură să furnizeze, fără întârziere, răspunsurile justificative solicitate de autoritatea contractantă sau de entitatea contractantă, și

d) Nu a încercat să influențeze în mod nepermis procesul decizional al autorității contractante sau entității contractante, să obțină informații

confidențiale care i-ar putea conferi avantaje necuvenite în cadrul procedurii de achiziții publice sau că a furnizat din neglijență informații false care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor privind excluderea, selecția și atribuirea? ". Astfel, cei doi oferați au bifat „Nu”, răspunsul corect care să le asigure trecerea în etapa ulterioară fiind „Da”, în condițiile în care era necesară confirmarea.

Ambii ofertanți invocă neclaritatea enunțului, susținând că posibilitatea unei astfel de erori este maximizată de faptul că, pe de o parte, majorității întrebărilor anterioare li s-ar fi răspuns cu NU de către orice ofertant care îndeplinește cerințele de calificare și care nu se află în vreo situație de excludere, și, pe de altă parte, întrebarea la care s-a răspuns eronat cu NU constituie o veritabilă dublă negație, aptă a induce confuzie.

Astfel, ofertantul a citit solicitarea („operatorul economic poate confirma ca...”), după care, citind ipotezele a căror infirmare o solicită autoritatea, a constatat că nu se află în niciuna dintre respectivele situații și, în consecință, a bifat eronat căsuța NU, în sensul că NU se află în respectivele situații.

Toate paragrafele anterioare vizau situații cu conținut negativ, cărora ofertantul care îndeplinește cerințele de calificare și nu se află în cazuri de excludere urma a le răspunde cu NU, în timp ce paragraful în discuție solicita o confirmare, așadar un răspuns afirmativ, privind situarea ofertantului în respectivele situații cu conținut negativ.

În acest context, eroarea ofertantului devine explicabilă, acesta răspunzând și la această întrebare ca și la cele anterioare, negând că s-ar afla în vreuna dintre respectivele situații și neobservând că autoritatea solicită confirmarea, așadar un răspuns afirmativ, a faptului că acel ofertant nu se află în respectivele situații.

Autoritatea contractantă susține că prin bifarea în DUAE a opțiunii NU, cei doi ofertanți asociați afirmă, de fapt, că:

a) s-au făcut grav vinovați de declarații false la furnizarea informațiilor solicitate pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinit criteriile de selecție

b) au ascuns astfel de informații,

c) nu au fost în măsura să furnizeze, fără întârziere, documentele justificative solicitate de autoritatea contractantă sau de entitatea contractantă și

d) au încercat să influențeze în mod nepermis procesul decizional a) autorității contractante sau al entității contractante, să obțină informații confidențiale care le-ar putea conferi avantaje necuvenite în cadrul procedurii de achiziție publică sau să furnizeze din neglijență informații false care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor privind excluderea, selecția și atribuirea.

De asemenea, autoritatea susține că ASOCIEREA ...SRL, respectiv fiecare membru al asocierii, a prezentat în cadrul ofertei un DUAE în care declară pe propria răspundere că se află în situațiile de excludere prevăzute la art. 167, alin. (1), lit. h) și i) din Legea nr. 98/2016, această omisiune fiind considerată, potrivit interpretărilor ANAP din cuprinsul Notificării din 01.09.2016, o inadvertență de fond, pentru care nu este

permisă solicitarea de clarificări întrucât s-ar încălca principiul tratamentului egal și s-ar crea un avantaj evident în defavoarea celorlalți ofertanți.

Astfel cum este expusă speța de către părți, Consiliul reține că problema disputată se referă la calificarea bifei în formularul DUAЕ ca inadvertență de fond, imposibil de corectat sau în categoria inadvertențelor de formă, pentru care se solicită DUAЕ revizuit. Și această problemă este analizată diferit de autoritatea contractantă și de ofertanți, contestatoarele considerând că bifarea unei opțiuni nu înseamnă informații completate de ofertant, în această categorie intrând informațiile completate efectiv, prin menționarea unui text.

Notificarea privind utilizarea DUAЕ în procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale emisă de ANAP arată diferențele dintre inadvertențe de formă - care pot fi clarificate, în temeiul art. 209 din Legea nr. 98/2016, coroborat cu art. 134 alin. (1) din HG nr. 395/2016 și inadvertențele de fond, care nu pot fi clarificate:

„În etapa de analiză a conținutului DUAЕ, pot interveni următoarele situații: a) inadvertențe de formă ale informațiilor cuprinse în secțiunile DUAЕ, atât ale ofertantului/candidatului, cât și ale subcontractantului/terțului susținător, în raport cu care există posibilitatea de a solicita clarificări; b) inadvertențe de fond, respectiv erori / omisiuni ale informațiilor, în raport cu care nu există posibilitatea de a solicita clarificări.

*a) Posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAЕ atașat ofertei/candidaturii în conformitate cu prevederile art. 209 alin. (1) din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice și ale art. 221 alin. (1) din Legea nr. 99/2016 privind achizițiile sectoriale, **autoritatea/entitatea contractantă are dreptul de a solicita clarificări/completări în scopul lămuririi unor aspecte determinate de existența unor neconcordanțe între informațiile prezentate în cadrul DUAЕ.***

*Astfel, pentru inadvertențele de formă apărute în completarea DUAЕ de către ofertanți/candidați, comisia de evaluare are dreptul de a solicita clarificări, **în condițiile în care informațiile sunt susținute de alte precizări existente la nivelul aceluiași DUAЕ sau a DUAЕ depus de subcontractant/terț susținător/asociat.***

Raportat la dispozițiile art. 134 alin. (1) din H.G. nr. 395/2016, "comisia de evaluare are obligația de a stabili care sunt clarificările și completările formale sau de confirmare, necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte, precum și perioada de timp acordată pentru transmiterea acestora [...]"; respectiv ale art. 140 alin. (1) din H.G. nr. 394/2016, "comisia de evaluare va stabili termenul-limită în funcție de volumul și complexitatea clarificărilor și completărilor formale sau de confirmare necesare pentru evaluarea fiecărei solicitări de participare/oferte [...]".

Situațiile în care sunt identificate inadvertențe de formă cu privire la DUAЕ prezentat în cadrul ofertei/solicitării de participare, și care au condus la clarificarea unor informații, obligă la transmiterea de către ofertanți/candidați, a unui DUAЕ revizuit. În lipsa transmiterii unui DUAЕ revizuit, devin aplicabile prevederile art. 134 alin. (5) din H.G. nr. 395/2016 respectiv ale art. 140 alin. (4) din H.G. nr. 394/2016, respectiva oferta va fi considerată inacceptabilă. Autoritatea/entitatea contractantă trebuie să aibă în vedere totodată, dispozițiile art. 209 alin. (2) din Legea nr. 98/2016 respectiv ale art. 221 alin. (2) din Legea nr. 99/2016: "autoritatea/entitatea contractantă nu are dreptul ca prin clarificările/completările solicitate să determine apariția unui avantaj evident în favoarea unui ofertant/candidat".

b) Respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări cu privire la DUAЕ

*Raportat la prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, respectiv art. 228 alin. (4) din Legea nr. 99/2016: "Oferta este considerată inacceptabilă **dacă nu îndeplinește condițiile de formă aferente elaborării și prezentării acesteia, precum și cerințele de calificare și selecție prevăzute în documentele achiziției**".*

Situațiile care conduc la respingerea ofertei/candidaturii fără posibilitatea de a solicita clarificări privind DUAЕ vizează inadvertențe de fond, respectiv reprezintă acele informații completate de către ofertanți/candidați care nu confirmă îndeplinirea cerințelor minime de calificare/selecție formulate de către autoritatea/entitatea contractantă în fișa de date a achiziției”.

Dincolo de disputa dintre părți, trebuie stabilit atât de către Consiliu, în speța dedusă judecării, cât mai ales de către instituția de reglementare în materia achizițiilor publice, dacă scopul reglementării DUAЕ în legislația națională și cea europeană este atins prin aplicarea rigidă a notificării respective. Potrivit Ghidului de utilizare DUAЕ pentru operatorii economici, Publicat de ANAP, „DUAЕ (Document Unic de Achiziție European) **reprezintă un instrument care facilitează participarea operatorilor economici la procedurile de atribuire a contractelor de achiziție publică/sectoriale și reduce sarcinile administrative pentru autoritățile/entitățile contractante”.**

De asemenea, potrivit art. 3 lit. s) din Legea nr. 98/2016, „DUAЕ - documentul unic de achiziții european furnizat în format electronic prin utilizarea formatului standard stabilit de Comisia Europeană, **constând în declarația pe propria răspundere a operatorului economic cu privire la îndeplinirea criteriilor de calificare și selecție”.**

Relevante sunt și prevederile art. 193 din Legea nr. 98/2016, potrivit căruia „(1) Autoritatea contractantă acceptă la momentul depunerii solicitărilor de participare sau ofertelor DUAЕ, constând într-o declarație pe propria răspundere actualizată, **ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:**

a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la [art. 164](#), [165](#) și [167](#);

b) îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă;

c) dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi”.

Relevante sunt și dispozițiile art. 65 alin. (1) din HG nr. 395/2016, „Comisia de evaluare analizează DUAЕ în conformitate cu prevederile cuprinse în cap. IV [secțiunea a 8-a](#) din Lege”.

Din întregul context normativ deducem că apariția DUAЕ nu poate fi un impediment pentru participarea operatorilor economici la procedură, ci dimpotrivă, trebuie să le faciliteze accesul. În speța concretă, analiza DUAЕ a condus la respingerea a mai mult de jumătate dintre participanții la procedură, o procedură, de altfel, importantă din punct de vedere al fondurilor implicate, deoarece ofertanții, interpretând greșit formularul, au bifat Nu în loc de Da, dar fără a se putea reține că acești ofertanți se află în situațiile de excludere reglementate de paragraful respectiv. De asemenea, este de remarcat că întrebarea respectivă poate fi, în mod rezonabil interpretată greșit, în sensul că unii operatori răspund întrebărilor din text, deși 3 sunt negative și una este afirmativă, iar alți operatori răspund întrebării inițiale: „operatorul economic poate confirma

că.... ". Deci, „Nu” poate fi interpretat și că nu se află în ipotezele textului, și că nu confirmă că nu se află în ipotezele respective.

Este cert că tratarea corectă a unei asemenea situații trebuie să pornească și de la scopul pentru care operatorul completează DUAЕ, respectiv declară pe propria răspundere că îndeplinește criteriile de calificare și selecție și ca dovadă preliminară în locul certificatelor eliberate de către autoritățile publice sau de către terți care confirmă că operatorul economic în cauză îndeplinește următoarele condiții:

a) nu se află în niciuna din situațiile de excludere menționate la [art. 164](#), [165](#) și [167](#);

b) îndeplinește criteriile privind capacitatea, astfel cum au fost solicitate de autoritatea contractantă;

c) dacă este cazul, îndeplinește criteriile de selecție stabilite de autoritatea contractantă în conformitate cu prevederile prezentei legi.

În situația de speță, este clar că ofertanții s-au aflat în eroare, deoarece nu este posibil, pe de o parte, să declare că îndeplinesc cerințele de calificare și excludere, iar pe de altă parte, că s-au făcut grav vinovați de declarații false la furnizarea informațiilor solicitate pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinirii criteriilor de selecție, au ascuns astfel de informații, nu au fost în măsură să furnizeze, fără întârziere, documentele justificative solicitate de autoritatea contractantă sau de entitatea contractantă și au încercat să influențeze în mod nepermis procesul decizional a) autorității contractante sau al entității contractante, să obțină informații confidențiale care le-ar putea conferi avantaje necuvenite în cadrul procedurii de achiziție publică sau să furnizeze din neglijență informații false care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor privind excluderea, selecția și atribuirea.

Mai mult decât atât, este de remarcat că în circulație, în momentul de față, să găsim două variante de DUAЕ, cu răspuns diametral opus la întrebarea incriminată. Astfel, în varianta xml, întrebarea are următorul conținut:

„Vinovat de interpretare eronată, nedivulgare de informații, incapacitate de a furniza documentele necesare și obținerea de informații confidențiale referitoare la această procedură:

a) Nu s-a făcut grav vinovat de declarații false la furnizarea informațiilor necesare pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinirii criteriilor de selecție - indicată individual de autoritatea contractantă în comunicarea rezultatului procedurii,

b) a ascuns astfel de informații,

c) nu a fost în măsură să furnizeze, fără întârziere, răspunsurile justificative solicitate de autoritatea contractantă sau de entitatea contractantă, și

c) a încercat să influențeze în mod nepermis procesul decizional al autorității contractante sau entității contractante, să obțină informații confidențiale care i-ar putea conferi avantaje necuvenite în cadrul procedurii de achiziții publice sau că a furnizat din neglijență informații false care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor privind excluderea, selecția și atribuirea?"

În această situație, este cert că întrebarea adresată operatorilor se referă la vinovăția legată de interpretarea eronată, nedivulgarea de informații, incapacitatea de a furniza documentele necesare și obținerea de informații confidențiale referitoare la această procedură, răspunsul fiind, în mod evident, „NU”.

Cum în legislația națională și europeană se prevede posibilitatea operatorilor de a reutiliza DUAЕ, este de înțeles o atare confuzie din partea ofertanților, aceștia cunoscând din practica proprie că la întrebarea respectivă răspunsul este Nu.

În același timp, este de domeniul evidenței că în practică, pot interveni erori de completare. Noua legislație a achizițiilor a fost redactată tocmai pentru a veni în sprijinul ofertanților, cu scopul de a stimula competiția, și nu de a o restrânge. În acest sens, legislația permite corectarea propunerii tehnice și a propunerii financiare, depunerea ulterioară a originalului garanției de participare, depunerea formularului DUAЕ, care poate avea un singur câmp, respectiv declarația operatorului că îndeplinește cerințele de calificare. Și în situația bifării greșite a unui câmp, eroare evidentă în contextul întregului DUAЕ, în care ofertantul declară că nu are condamnări penale, și-a achitat obligațiile fiscale, a respectat obligațiile în domeniul social, mediu și muncă, nu se află în conflict de interese, nu a denaturat concurența etc, trebuie aplicată aceeași soluție, respectiv calificarea acestei inadvertențe drept una de formă, ce poate fi corectată, mai cu seamă că ea este susținută de alte informații din același DUAЕ. De pildă, nu poți să declari, pe de o parte, că nu ai condamnări penale pentru fraudă, corupție, constituirea unui grup infracțional organizat, spălare de bani, infracțiuni împotriva intereselor financiare ale uniunii europene, iar în același timp, să declari că te-ai făcut grav vinovat de declarații false la furnizarea informațiilor solicitate pentru verificarea absenței motivelor de excludere sau a îndeplinit criteriile de selecție, ai ascuns astfel de informații, nu ai fost în măsură să furnizezi, fără întârziere, documentele justificative solicitate de autoritatea contractantă sau de entitatea contractantă și ai încercat să influențeze în mod nepermis procesul decizional al autorității contractante sau al entității contractante, să obțină informații confidențiale care i-ar putea conferi avantaje necuvenite în cadrul procedurii de achiziție publică sau să furnizeze din neglijență informații false care pot avea o influență semnificativă asupra deciziilor privind excluderea, selecția și atribuirea, mai ales că aceste fapte pe care ai declarat că le-ai comis se regăsesc în infracțiunile prevăzute la art. 164 alin. (1) din Legea nr. 98/2016, iar în formularul DUAЕ aferent procedurii, în partea III, motive de excludere, motive referitoare la condamnări penale.

În același timp, este posibilă omisiunea bifării unui câmp, fără ca acest lucru să însemne că ofertantul refuză să dea declarațiile respective, mai ales că o parte din informațiile bifate greșit se regăsesc și în partea 5, Declarații finale „Subsemnatul declară că informațiile prezentate în părțile II - V de mai sus sunt exacte și corecte și că au fost furnizate cunoscând pe deplin consecințele cazurilor grave de declarații false.

Subsemnatul declar în mod oficial că pot să furnizez, la cerere și fără întârziere, certificatele și alte forme de documente justificative menționate, cu excepția cazurilor în care:

(a) Autoritatea contractantă sau entitatea contractantă are posibilitatea de a obține documentele justificative vizate direct prin accesarea unei baze de date naționale în orice stat membru, disponibilă în mod gratuit sau.....”.

Prin urmare, Consiliul reține că solicitarea unor clarificări referitoare la depunerea unui formular DUAЕ revizuit în situațiile expuse nu ar fi condus la favorizarea ofertanților, ci dimpotrivă, nesolicitarea acestor formulare i-a defavorizat, în mod cert, pe ofertanți, bifarea greșită a opțiunii „Nu”, în loc de „da” fiind o eroare formală, de natură a fi corectată prin intermediul altor informații din același formular DUAЕ.

În consecință, luând în considerare cele mai sus menționate, în temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestațiile formulată de SC ...SRL, în calitate de membru al Asocierii ... SRL și de SC ... SRL în contradictoriu cu ... SA și va dispune anularea procesului verbal de evaluare a formularelor DUAЕ și reevaluarea formularelor depuse de contestatoare, în urma solicitării de clarificări referitoare la DUAЕ revizuit.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

În temeiul art. 26 alin. (2) și (5) din Legea nr. 101/2016, admite contestațiile formulată de SC ... SRL, în calitate de membru al Asocierii ... SRL și de SC ... SRL în contradictoriu cu ... SA și dispune anularea procesului verbal de evaluare a formularelor DUAЕ și reevaluarea formularelor depuse de contestatoare, în urma solicitării de clarificări referitoare la DUAЕ revizuit.

Împotriva prezentei decizii se poate formula plângere în termen de 10 zile de la comunicare.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

....

Redactată în 5 (cinci) exemplare, conține 30 (treizeci) pagini.